المملكة العـربيـة السعـوديـة
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة

مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغيّر الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي

إعداد
أ.د. عبدالفتاح الزنيفي
رئيس قسم الدكتوراه في الحديث والفقه المالكي
كلية الآداب والعلوم الإنسانية بنمسيك -الدار البيضاء
جامعة الحسن الثاني المحمدية

نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا الفقهية المعاصرة

الرياض ١٣-١٤/ ٥/ ١٤٣١هـ
الموافق ٢٧- ٢٨/ ٤/ ٢٠١٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

توطئة

يرتبط مفهومُ "ما جرى به العمل" بالتشريعِ الإسلامي، على مستوى ترتيب الأدلة، وعلى مستوى علاقةِ النُّصوص بالزمان والمكان والمخاطب.

فكل نصٍّ تشريعي سَوَاء كان قرآناً أو سنةً إلا ويرمي تحقيق مصلحة دينية أو دنيوية، آجلة أم عاجلة.

ولا ينبغي أن تكون عملية استنباط الأحكام الشرعية بطريقة ميكانيكية، دون اعتبار مآل الأحكام، واستصحابِ فقه الموازنات، وفقهِ الأولويات، ومراعاةِ فقه المرحلَة، معَ الأخذ بعين الاعتبار أحوالَ المكلَّفين، وَقَابِلِيّتَهم للتعامل مع الأحكام سلباً وإيجاباً. إذ ما يصلح لزيد، قد لا يناسب عمراً لاختلاف الأجواء الزمانية، والمتغيّرات المكانية.

وما زالت سُنَّةُ الخليفة الراشدي عمرَ بنِ الخطاب ﷺ في عدم تطبيق حدّ السرقة عام المجاعة تثير إشكالاً يتجلّى في: هل يَعتبر فعلُه تعطيلاً للنص كما يزعم بعضهم، أو توقيفاً، أو تنزيلاً للنّص حسب المقتضيات الراهنة، مما يدفعنا للقول بأن النص الشرعي يختلف تنزيله، ويتكيّف تكييفاً شرعياً إذا دعت المصلحة والضرورة لذلك.

وإذا كان جمهور العلماء متفقين مع فقه التنزيل، وفقه الواقع، إلا أنهم مختلفون في تحديد مساحة المصلحة، ومقدار الضرورة.

والقياسُ الجَلِيُّ باعتباره مِن مصادر التشريع التبعية، والمتفق عليه حتى عند الظاهرية القائلين بعدم القياس، الذي هو إلحاقٌ لحكمِ الأصل الثابت للفرع الوارد، بجامع العلّة، قد لا يتأتّى في بعض الحالات، إذا وُجِدَ في حُكمه ضررٌ، أو حَصَلَ به تعسُّفٌ، ممّا يدفعُ المجتهدَ إلى سُلُوكِ طريقِ الاستحسان لمنع غلوّ القياس، أو الأخذِ بقياسٍ خَفِيٍّ والعدولِ عن القياس الجَليّ لدرء مفسدة أو جلب مصلحة.

ولا يخلو منهجٌ مِن مناهج أئمةِ المذاهب الفقهية مِن عدم العمل ببعض النصوص، لوجود عوارض تواجه النص، مثل معارضة خبر الواحد بعمل أهل المدينة عند مالك، أو ورود الخبر آحاداً وهو مـمّا يُبْتَلَى به الناس، عند أبي حنيفة، أو معارضة الخبر للقياس.

كما أن التنوع في مصادر التشريع، من الذرائع سدًّا وفتحاً، واستصحاب الحال، ومراعاة الخلاف، على اختلافٍ بين العلماء في الأخذ ببعضها، يُسْهِمُ في مرونة التشريع الإسلامي، ويعطيه قابلية للتشكّل والفاعلية، عبر مختلف الأَزمنة والأمكنة.

ومن القواعد التشريعية المقررة: "لا ينكر تغيّر الفتاوى بتغيّر الأزمان".

أردتُ بهذه التوطئة الإشارة إلى أن مفهوم "ما جرى به العمل" يندرج في هذا المجال التشريعي بهذه المواصفات المذكورة والاعتبارات آنفة الذكر.

ويجدر بنا عبر هذا البحث التعريف بهذا المصطلح، وتبيان علاقته بالأدلة، وإبراز الأجواء التي ساعدت على وجوده إلى غير ذلك من المباحث.

أولاً: ترتيب الأدلة في المذهب المالكي:

لِكلِّ مدرسةٍ مِن المدارس الفقهية بنيتُها العامّة، ونظامُها المعرفي، وَتَرَاتُبِيَّتُها العلمية، تبعاً لاعتبارات ترتبط بشخصية صاحب المدرسة، وبتلامذته مِن حيثُ ملازمتُهم وانقطاعهم لخدمة أصول المدرسة، بالتخريج(١)، والاستنباطِ لأقوال صاحب المذهب وكبار تلامذته، والشرح الفقهي لما ورد في المصنفات المذهبية التي وقع فيها بُعْدٌ عن المقاصد العامّة للمذهب، أو مخالفة جزئية لبعض أصول المذهب.

يلمس الباحث في المذهب المالكي وجودَ رأي أو اثنين لمالكٍ في المسألةِ

---

(١) التخريج: أن ينظر مجتهد المذهب في مسألة غير منصوص عليها، فيقيسها على مسألة منصوص عليها في المذهب، مع مراعاة ضوابط التخريج من علة وغيرها.
أما القياس فهو عملُ المجتهدِ المطلقِ من إخراج المسائل على الآية أو الحديث.

الواحدة، وآراءَ لتلامذتِه في مسائلَ لم يُعْرَفْ لمالكٍ رأيٌ فيها، أو عُلِم له فيها رأيٌ، لكنهم خالفوه بمسائل مبنية على أصول وقواعد مالك.

وُسِمَتْ هذه الآراءُ في المذهب المالكي بـ"الأقوال"، وما اختلف الناقلون فيه عن مالكٍ بـ"الروايات".

وبجانبِ الأقوال، والروايات، هناك فهوم للمدونات الفقهية المالكية التي يُعَبَّرُ عنها تارةً بالأقوال وتارةً بالتأويلات(١).

وبهذا فالمذهب المالكي يتكون من هذه المعطيات جميعِها، على اختلافٍ في درجاتها، بين الترجيح، والتساوي، والتوقّف في أرجحيتها، ممّا أوجدَ داخلَ المذهب نفسه ما يلي:

القول المتفق عليه(٢): وهو اتفاق أئمة المذهب المالكي(٣).

القول الراجح: وهو ما قوي دليله.

القول المشهور: وهو ما كَثُرَ قائلُه، واعتُبِر قولُ ابنِ القاسم في المدونة "مشهوراً"، واختُلِف في تعيين المشهور بين المدرسة المالكية، والعراقية، والمدرسة المغربية.

والقولُ المساوي لمقابله.

والقولُ الشاذُّ: وهو القول الذي تفرّد به فقيهٌ مخالفاً جماعةً مِن الفقهاء.

والقولُ الضعيف: وهو ما لم يَقْوَ دليلُه.

وضمّت كتب الفقه المالكي الأقوال الضعيفة والشاذّة، للإفتاء بهما في حالة

---

(١) عبر خليل في مختصره "بالتأويلات" عن اختلاف شراح "المدونة" في الفهم.

(٢) يقول الحطاب: "والمراد بالاتفاق، اتفاق أهل المذهب". مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحَطّاب (١/ ٤٠).

(٣) يقول الحطاب: "حذّروا –يعني الشيوخ– من إجماعات ابن عبدالبر، واتفاقات ابن رشد، وخلافيات الباجي فإنه يحكى الخلاف فيما قال اللخمي: يحتمل فيه..." المصدر نفسه.

الضرورة.

وبهذا يُعلم أَنَّ الفتوى في المذهبِ المالكي تكونُ على هذا الترتيب بتقديم الراجح والمشهور على الشاذ في الأحوال العادية.

يقول: أبو عبدالله المازري (ت٥٣٦هـ): "لا أفتي بغيرِ المشهور، ولا أحملُ الناس على غيره، لأَنَّ الورعَ قلّ، بل كاد يعدم... فلو فُتِحَ لهم بابٌ في مخالفة مشهورِ المذهبِ لاتّسع الخرق على الراقع، وهتكوا حجاب هيبة المذهب...."⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف "بما جرى به العمل"

يراد به الأخذُ بقول ضعيفٍ أو شاذٍّ، في مقابل الرَّاجِحِ، أو المشهورِ، لمصلحةٍ أو ضرورةٍ، أو عُرْفٍ، أو غيرِ ذلك من الأسس.

أو هو اختيارُ قول ضعيفٍ، والحكمُ به، والإفتاءُ به، وتمالؤُ الحُكَّامِ والمفتين بَعْدَ اختياره، على العملِ به لسببٍ اقتضى ذلك⁽٢⁾.

يتبيّن مِن هذا التعريف أَنَّ مصطلحَ: "ما جرى به العمل"، أو ما يعبِّرُ عنه البعضُ بـ"وبه العمل"، هو اختيارُ مجتهدِ المذهبِ قولاً ضعيفاً أو شاذًّا، فيفتي به، أو قاضٍ مجتهدٍ -من أهل الترجيح- فَيَحْكُمُ به، لباعثٍ اجتماعي يتمثل في قلّة الورعِ، أو سيادة عُرف، أو وُجودِ ضرورةٍ، أو إصلاح قضية اجتماعية، اعتباراً منهم أَنَّ درءَ المفاسد مقدّمٌ على جلبِ المصالح، وَأَنَّ تغيّر الأحكام عند تغيّر الأسباب ليس خروجاً عنِ المشهور، بل فيه جَرْيٌ على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعاً.

وما جرى به العمل نوعان:

"عمل مطلق" وهو الذي لا يختصّ ببلدة واحدة في الغالب، ولا يرتبط بالعُرف

---

(١) نقله في الموافقات (١٤٦/٤).

(٢) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي لأستاذنا محمد رياض -شفاه الله- (ص٥١٣)، وراجع العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب لأستاذنا المرحوم عمر الجيدي -رحمه الله-.

الخاص، بل مرجِعُه إلى العرف العامّ، أو تَبَدُّل المصالح والعلل، أو فساد الزمان، أو تَطَوُّرِ الأوضاع العامّة، فهو غيرُ مُقَيَّدٍ بمكانَ مخصوص⁽¹⁾.

عمل خاص، وهو المحصور ببلدةٍ، مثل عمل فاس، وعملِ قرطبة، وهو الخاصّ بهما، بحيث تجري به أحكامٌ لا تطبَّقُ إلا فيهما، لوجودَ الباعث على ذلك.

وبهذا يُفهم أن مصطلح ما جرى به العمل ليس أساساً تشريعياً جاءَ لمصادمة النصوص، وتغييرِها على الإطلاق، بل هو علاجٌ تشريعيٌّ، اقتضته الأحوالُ الاستثنائية الحاصلَة في بلدةٍ أو مجتمعٍ ما، جاء لإعطاء الحلول للنوازل المعروضة، ولتنزيل أحكام الشريعة على المكلّفينَ، وفق أحوالهم، ورعياً لاستعدادهم بسبب فساد وَتَبَدُّلِ الزمان، قصد الإصلاح، والتخفيف عن الناس، إذ تَحْدُثُ للناس أقضيةٌ بحسبَ ما أحدثوا.

فَـ "ما جرى به العمل"، ليس مسايرةً لأهواءِ الناس، وتصرّفاتِ العوّام، بل غايتُه أن تبقى الشريعة مطبّقة في حياة الناس، لِمَا عُلِمَ مِن مقاصد الشريعة أنه أينما وُجِدَت المصلحة فثمّ شرع الله.

ويمكن القول إن مصطلح: "ما جرى به العمل"، يدخل في الإصلاح العامّ للمجتمع المنبني على سماحة التشريع، وأنّه يدور مع أحوالِ الناس وجوداً وعدماً، فإذا وُجدت البواعثُ وأسبابُ العَمَلِ به، عُمِلَ به، وإذا انتفت رُجع إلى العمل بالأصلِ من الراجح والمشهور.

وفي هذا الصدد يقول محمد بن الحسن الحجوي الفاسي (ت١٣٧٦هـ): "فإذا كان العملُ بالضعيفِ لدرءِ مفسدةٍ، فهو على أصلِ مالكٍ في سدّ الذرائع، أو جلبِ مصلحةٍ، فهو على أصله في المصالح المرسلة، فإذا زال المُوجِبُ، عاد الحكم للمشهور، لأَنَّ الحكم بالراجح، ثم المشهورُ واجبٌ... ولا يَقْدِرُ على نقد مثل

---

(١) يراجع: تقديم هاشم العلوي لكتاب "تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس" للمهدي الوزاني (ص١٣).

هذا إلا مَن بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أمَّا مَن لم يبلغها، فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكمِ أصلا، فالباب دونه مسدود"(١).

ويختلف مفهوم "ما جرى به العمل" عن العرف، الذي هو ما سار عليه العامّة مِن غير مستندٍ شرعي.

أمّا "ما جرى به العمل" فهو حكمٌ شرعيٌّ صدر مِن مجتهدِ المذهب، مُؤَهَّلٍ للفتيا، أو حكمٌ صدر عن قاضٍ مجتهدٍ، واستمرَّ الحكمُ به.

كما أن العرف هو فقط أحدُ المرتكزات التي يُتَرَجَّحُ به لمخالفةِ الرّاجح والمشهور، فيصبح "ما جرى به العمل" مقدّماً عليهما.

والمهتمّون "بما جرى به العمل" مِن الفقهاء المقتدين، والحكّام المجتهدين، أدركوا خطورة هذا الأمر، ممّا جعلهم يشترطون شروطاً لتحقّق جريان العمل.

ومن هذه الشروط ما نصّ عليه الفقيه المالكي ميارة (٢) (ت١٠٧٢هـ) في شرحه على لامية (٣) الزقاق (٤) (ت٩١٢هـ)، وما أشار إليه أحمد الهلالي(١)

---

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي (٢/ ٤٠٦).

(٢) أبو عبدالله محمد بن أحمد، ميَّارة، الفاسي، الفقيه المالكي، له: شرحُ لاميةِ الزقاق، وشرحُ مختصرِ خليل، وحاشية على البخاري. مولده سنة ٩٩٩هـ، ووفاته سنة ١٠٧٢هـ. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف ص٣٠٩.

(٣) لامية الزقاق هي منظومة في أحكام القضاء، عدد أبياتها ٢٦٠، وممّن شرحها:

١- ميارة الفاسي، وعليها حاشية الشدادي.

٢- شرح التاودي ابن سودة، مع حاشية عبدالسلام الهواري.

٣- شرح التاودي ابن سودة أيضاً، مع حاشية التسولي.

٤- شرح التاودي أيضاً، مع حاشية مولاي المهدي الوزاني.

٥- شرح عمر بن عبدالله الفاسي المسمّى: "تحفة الحذاق شرح لامية الزقاق.

٦- "مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق" لأبي الشتاء الصنهاجي.

(٤) هو أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق، التجيبي الأصل، نسبة إلى تجيب قبيلة يمنية، الفاسي، الفقيه المالكي العمدة. له: تقييد على مختصر خليل. توفي عن سنّ عالية سنة ٩١٢. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (ص٢٧٤).

(ت١١٧٥هـ) في كتابه "نور البصر"[٢].

ثالثا: شروط تقديم "ما جرى به العمل" خمسة أمور:

أحدها: ثبوت جريان العمل بذلك القول.

ثانيها: معرفة محليّة جريانه عامّا أو خاصّا من البلدان.

ثالثها: معرفة زمان "ما جرى به العمل".

رابعها: معرفة كون مَن أجرى ذلك العمل، مِن الأئمة المقتدى بهم في الترجيح.

خامسها: معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله[٣].

أولاً: ثبوت جريان العمل:

يتعلّق هذا الشرط بمسألة توثيقية، ليحصل الاطمئنان مِن مصدرية ثبوتِ جريان العمل، مخافةَ أَنْ يَثْبُتَ بقولِ بعضِ العوامّ أو المتسبين لعلوم الشريعة، غير المؤهلين.

فالأصلُ أَنَّ "ما جرى به العمل" ينبغي التأكّد مِن صُدوره بنصٍّ مجتهدِ المذهبِ إمّا في بعض كتبه أو في بعض فتاويه، أو بحُكْمِ قاضٍ مؤهَّلٍ لذلك. وهل يلزم أَنْ يشتهِرَ عن هؤلاء الأعلام مِن الفقهاء أو القضاة؟، فذهبَ المهدي الوَزَّاني[٤]،

---

(١) أبو العباس أحمد بن عبدالعزيز السجلماسي، الهلالي، الفقيه المالكي المغربي، الراوية المُسنِد، صاحب "نور البصر" الذي شرح به خطبة مختصر الفقيه خليل بن إسحاق. شجرة النور الزكية (ص٣٥٥).

(٢) نور البصر شرحٌ لخطبة خليل (ت٧٧٦هـ) في مختصره.

(٣) نور البصر (ص١٣١) طبعة حجرية.

(٤) في حاشيته على شرح التاودي للامية الزقاق ص٣٨٥. والوزاني المهدي بن محمد، العمراني أصلاً، الفاسي فقيه نوازلي مطّلع، صاحب الموسوعة الكبيرة المعروفة بالنوازل الجديدة أو المعيار الجديد". ولادته ١٢٦٦ ووفاته ١٣٤٢هـ. انظر: "إتحاف المطالع بوفيات أعلام اقرن الثالث عشر والرابع" لعبد القادر ابن سودة "وسَلُّ النِّصال بالأشياخ وأهل الكمال" له أيضاً، من موسوعة أعلام المغرب بتنسيق محمد حجي (٨/ ٢٩٣٥).

والحَجْوي(١)، وأبو العباس أحمد الهِلاَلِي(٢)، إلى أَنَّ "ما جرى به العمل" لا يتوقّف على الشهادة.

وذهب الشيخ ميارة الفاسي إلى أَنَّ: "ما جرى به العمل" يثبت بشهادةِ العدول الـمُتَثَبِّتِين في المسائل، إذ يقول –رحمه الله-: "ولا يثبت العملُ بما نراه الآن، وهو أن يقولَ بعضُ عوامِّ العدول، مـمّن لا خبرة له بمعنى لفظ "المشهور" أو "الشاذّ"، فضلا عن غيره: "جرى العمل بكذا"، فإذا سألتَهُ عمّن حَكَمَ به أو أفتى به، توقّف أو تزلزل، فَإِنَّ مثلَ هذا لا يَثْبُتُ به مُطْلَقُ الخبر، فضلاً عن حُكْم شرعي"(٣).

وَمِنَ الفقهاء مَن ربط شُهرةَ ثبوتِ جريان مَا به العمل بمصطلح: "المشهور" عند المحدثين(٤)، فذهب إلى أَنَّ العملَ لا يثبت بحكم قاضٍ أو قاضيين، بل يجب أن يُحْكَمَ به ثلاث مرّات فأكثر(٥). ونَاصَرَ تَكرار ثبوتِ جَريانِ العملِ الشيخُ ميارة. إلا أنه في التحقيق فيه التزام بما لا يلزم، لتعذّر وقوعه.

وذهب الشيخ، مصطفى الرماصي(٦) (ت١١٣٦هـ) إلى أَنَّ مراد العلماء بقولهم: "وبه العمل" و"عمل به"، أَنَّ القولَ حَكَمَتْ به الأئمة بمعنى جمعٍ لا مفرد، واستمرَّ حكمهم.

والذي يظهر مِن صنيع المؤلّفين في فقه العمل، سواءٌ منه العملُ المطلق أو المقيّد، أنهم يدرجون في مؤلّفاتهم كلَّ ما ورد فيه أنه جرى به العمل، دون النظر

---

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي (٤/ ٢٣١). والحجوي هو محمد بن الحسن، من رجال العلم والحُكم، من المالكية السلفية في المغرب، من أهل فاس، له كتب مفيدة. توفي سنة ١٣٧٦هـ. الأعلام للزركلي (٦/ ٩٦).

(٢) حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ص٣٣٨ نقلاً عن الهلالي.

(٣) شرح ميارة على لامية الزقاق (ملزمة٤٥/ ص٣).

(٤) الخبر المشهور عند المحدثين هو الذي رواه أكثر من اثنين.

(٥) حاشية الوزاني على التحفة.

(٦) أبو الخيرات مصطفى بن عبدالله الرماصي، مِن بلدٍ قريب مِن مازونة بالجزائر، فقيه مالكي محقق شجرة النور (ص٣٣٤).

في ثبوته بالشروط التي ألـمح إليها الفقهاء.

والأرجحُ في هذا الشرط الأَوَّلِ أنه ينبغي الاحتياط والتأكّد مِن ثبوت "ما جرى به العمل" عن عالمٍ موثوق بعلمِهِ وورعِهِ.

وإذا تضارب النَّقْلُ عن عالمٍ مجتهدٍ في ثبوت مسألةٍ مِن مسائل العمل، فهذا يُعَدُّ طعناً في الثبوت.

والمخرج ممّا يقع في كُتُبِ "فقه العمليات" مِن إيراد مسائل فقهية دون ذِكرِ اسم المفتي أو القاضي الذي أجرى ذلك العمل، أَنْ يُتَأَكَّدَ مِن أَنَّ الفتوى، أو الحكمَ الذي جرى به العمل هو قولٌ ضعيفٌ أو شاذٌّ مذكورٌ في دواوين المذهب التي عُنِيَ أصحابُها بذكرِ الأقوال، وعزوها لأصحابها مثل: "النوادر والزيادات على ما في المدونة" لابن أبي زيد (ت٣٨٦هـ) والتوضيح على مختصر ابن الحاجب للفقيه خليل بن إسحاق (ت٧٧٦هـ) وغيرها.

ثانياً: معرفة محلّيّة جَرَيَانِهِ عامًّا أو خَاصًّا مِن البلدان.

يعتبر هذا الشرط مِن ضروريات جريان العمل، إذ ارتباطُه بالمكان هو الذي يُضْفي على العمل طَابَعَ الـجَرَيَان. وهذا يفيد اعتبارَ فقهاءِ المالكيةِ للبيئةِ التشريعية، بمختلفِ مواصفاتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ممّا أفرز عملاً خاصًّا مقيَّداً بمدينةٍ أو قريةٍ مثل:

- عَمل القطر السوسي⁽١⁾ - جنوب المغرب- الذي أَلَّف فيه أبو زيد عبدالرحمن الـجَشْتِيمي (ت١٢٦٩هـ) منظومةً فاق عددُ أبياتها ١٦٧٠ بيت ضمَّتْ مَا لَهُ علاقة بالفقه السوسي المنبني على ما جرى به العمل، وَشَرَحَهَا.

- أو عملِ أهل فاس الذي نظمه عبدالرحمن الفاسي⁽٢⁾(ت١٠٩٦هـ) في "نظم

---

(١) سوس إقليم بجنوب المغرب، أصول سكانه برابرة.

(٢) أبو زيد عبدالرحمن بنُ عبدالقادر بن علي بن يوسف، الفاسي اسماً، لا نسبة إلى فاس، المحقق الموسوعي، من بيت شهير بالعلم والفضل، واستمرَّ العلمُ به أزيد مِن ثلاثمائة سنة. له تآليف عديدة. مولده سنة ١٠٤٠هـ ووفاته سنة ١٠٩٦هـ. سجرة النور الزكية ص٣١٦.

العمل" الشهير بالعمل الفاسي، وعددُ أبياتِ منظومته ٤٥١ بيت.

وهناك عمل عامّ، وهو الذي لا ارتباط له ببلد معيّن، ويسمى العمل المطلق، مثل ما جرى به العمل عند فقهاء المغرب الأقصى وتونس والأندلس.

وممّن نظم هذا "العمل المطلق" محمد(١) بن أبي القاسم بن محمد الفيلالي(٢)، السجلماسي الذي شرحه بنفسه(٣). وينصرف "العَمَلُ المطلق" عند الإطلاق في المغرب إلى هذا النظم.

ثالثاً: معرفة زمان "ما جرى به العمل"

يتجلّى هذا الشرطُ في مراعاةِ الفقهاء لعنصرِ الزمان، واعتبارِ السياق، وأثرهما على تغيّر الأحكام.

وقد ضمّت المادة ١٣٩ من المجلة العدلية العثمانية قاعدة: "لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان".

ومن ذلك قاعدةٌ يَسْتِدِلُّ بها الأحناف، إذ يُعَبِّرُون: "أَنَّ هذا اختلاف عصر وزمان، لا اختلاف حُجَّةٍ وبرهان"، كما أَنَّ فقهاءَ المالكية يقولون: "هذا خلافٌ في حال لًا خلاف في مقال"(٤).

يقول أحمد الهلالي في كتابه "نور البصر": "فإنه إذا جُهِلَ المَحَلُّ، أو الزمان، الذي جرى به العمل، لم تتأتّ تعديتُه إلى المحلِّ الذي يُرادَ تعديته إليه، إذ للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات"(٥).

---

(١) أبو عبدالله محمد بن أبي قاسم الفِلابي السجلماسي، الفقيه المالكي المحقق. توفي سنة ١٢١٤هـ. شجرة النور الزكية ص٣٧٦.

(٢) في منظومته اشتهرت بـ"نظم العمل المطلق، وعددُ أبياتها ١٤٩١.

(٣) شرح نظمه للعمل المطلق وسمّاه "فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد" وهو مطبوع طبعة حجرية دون تاريخ.

(٤) نور البصر وهو شرح خطبة مختصر خليل للهلالي (ص١٣٢).

(٥) نقلاً من نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي للأستاذ العسري (صفحة٢٠٩/ ٢١٠).

واعتبارُ الزمان والـمكان في جَرَيَان العمل يدلُّ على أَنَّ فقهاءَ المالكية كانوا يعيشون زمانهم، ويَجِدون الحَلول الشرعية لما يَجِدُّ في وقتهم مِن أقضية، مراعين البيئة. فلم تكن فتاويهم وأحكامُهم المبنيةُ على اختيارِ قولٍ ضعيفٍ تتجاوز الحدود إلا إذا كانت داخلةً في العملِ المطلق.

رابعاً: صدور العمل مِن قُدوة مؤهّل.

تناول العلماءُ المجتهدَ، وقسّموه إلى أقسام منها:

المجتهد المطلق المستقلّ:

وهو كما قال ابن الصلاح: "الذي يستقلّ بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية مِن غير تقليد وتقيّدٍ بمذهبِ أحدٍ"(١). مثل الأئمة الأربعة، وابن راهويه (ت٢٣٨هـ)، وأبي ثور (ت٢٤٠هـ)، والطبري(ت٣١٠هـ)".

المجتهد المطلق المنتسب:

وهم علماء بلغوا درجة الاجتهاد المطلق، لكنهم فضّلوا البقاء تحت مظلة مذهب فقهي، يستنبطون وفق أصوله، مثل بعض علماء المالكية: المازري (ت٥٣٦هـ)، وابن العربي(ت٥٤٣هـ)، والقرافي (ت٦٨٤هـ) وأضرابهم.

مجتهد المذهب:

وهو مَن له قدرة على استنباطِ الأحكام مِن نصوصِ المذهب، ويسمّى مجتهد التخريج، لأنه يخرّج الأحكام مِن نصوص إمامه، اعتماداً على القياس.

يقول القرافي في الفروق: "لا يجوز التخريج حينئذٍ إلا لمن هو عالِمٌ بتفاصيلِ أحوال الأقيسة، والعلل، ورتب المصالح، وشروط القواعد، وما يصلح أن يكونَ معارضاً، وما لا يصلح، وهذا لا يعرفه إلا مَن يعرف أصول الفقه معرفة حسنة"(٢).

---

(١) أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح (ص٨٧).

(٢) الفروق (٢/١٠٨).

مجتهد الفتوى:

هو المتبحِّرُ في مذهب إمامه، العالـمُ بالأقوال، والروايات، والتأويلات، بحيث له القدرة على معرفة الراجح من المشهور من الضعيف، فهو مجتهد الترجيح داخل المذهب.

ويختلف وجودُ المجتهدين باختلاف الأزمنة والأمكنة.

خامساً: أن يتقرّر مُوجِبُ العمل:

وهذا لا يتأتّى إلا بمعرفة السبب الذي لأجله عُدِل عن المشهور، مِن وجودِ عُرْفٍ، أو قِيَاسٍ، أو ضرورةٍ أو حَاجَةٍ، أو مَصْلَحَةٍ، أو ذَرِيعَةٍ سَدًّا وفتحاً.

هذه هي الشروط الخمسة المطلوبة في جريان العمل، مقابل الراجح والمشهور.

وقد جاءت في نظم النابغة الشنقيطي المسمّاة بـ"البوطليحية" بقوله:

شروطُ تقديمِ الذي جرى العمل ❊ به أمورٌ خمسةٌ غير هــمل
أولـهـا ثبـــوت إجــراء العمــل ❊ بذلك القول بنصّ يَحتمل
والثانِ والثالــث يلـــزمـــان ❊ معرفة المكــان والزمـــان
وهل جرى تعميماً أو تخصيصاً ❊ ببلد أو زمـن تنصيـــصًا
وقد يـخصّ عمــل بالأمكنـــة ❊ وقد يعـمّ وكذا في الأزمنة
رابعها كون الذي أجرى العمـل ❊ أهلاً للاقتداء قولاً وعملاً
خامـسهـا معرفــة الأسبــاب ❊ فإنها معينة في البــاب(١)

وقال الفقيه محمد كنون:

والشرط في عملنا بالعمل ❊ ثبوته عــن قدوة مؤهـل
معرفة الزمان والـمكــان ❊ وجود موجب إلى الأوان

---

(١) البُطْلِيحِيّة لمحمد النابغة الغلاوي. تحقيق: يحيى بن البراء ص١٢٤.

ممّا أوردتُه مِن كلامٍ عن "ما جرى به العمل"، أَجِدُنِي مُنْسَاقاً لبيان عمل أهل المدينة، المعتمد عند مالك، مع نظرية "ما جرى به العمل" التي أخذ بها متأخّرو مالكية الغرب الإسلامي.

يرجع مفهومُ "عمل أهل المدينة" إلى إجماع أهلها بعد وفاة رسول الله ﷺ، ومنه إجماع الفقهاء السبعة، الذي قال فيهم الناظم:

أَلا كُلُّ مَنْ لا يَقْتَــدِي بِأَئِمَّــةٍ * فَقِسْمَتُهُ ضِيزَى عَنْ الْحَقِّ خَارِجَهْ
فَخُذْهُمْ عُبَيْدُ اللَّهِ، عُرْوَةُ، قَاسِمٌ * سَعِيدٌ، أَبو بَكْرٍ، سُلَيْمَانُ، خَارِجَهْ

ولقد لخَّص شيخُ الإسلام أبو العباس أحمد ابن تيمية (ت٧٢٨هـ) في رسالته: "صحة مذهب أهل المدينة" القولَ في عملِ أهل المدينة، فذكر أنه على أربع مراتب:

الأولى: العمل الذي مصدرُه النقلُ والحكاية، مثل نقلهم لمقدار الصاع والـمُدّ، وتركِ صدقة الخضروات⁽¹⁾، والأحباس. فهذا حجة باتفاق العلماء.

الثانية: العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان، فهذا حجة في مذهب مالك، وهو المنصوص عن الشافعي، وهو ظاهر مذهب أحمد، والمحكي عن أبي حنيفة، لأن له ارتباطاً بسنة الخلفاء الراشدين، مثل الذي نقله أهلُ المدينة في شأن المزارعة، والأذان للصبح قبل الفجر، وتثنية الأذان، وإفراد الإقامة.

الثالثة: إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين وقياسين، جُهِلَ أَيُّهُما أرجح، وأحدهما يَعْمَلُ به أهلُ المدينة، ففيه نزاع، فَمَذْهَبُ مالكٍ والشافعي: أنه يرجّح بعملِ أهلِ المدينة.

ومذهبُ أبي حنيفة لا يرجّح بعمل أهل المدينة. ولأصحاب أحمد وجهان: أحدهما وهو قولُ القاضي أبي يعلى، وابن عقيل أنه لا يرجّح. والثاني: وهو

---

(١) هذا هو مذهب المالكية، بخلاف الحنفية الذين يعممون قوله تعالى: ﴿كُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام:١٤١]. ولعل العلّة في عدم أخذ الزكاة من الخضروات راجع إلى أنها لم يكن لها سوق كبير، ورواج، ولم تكن تُدِرُّ أموالا طائلة.

قول أبي الخطاب وغيره: أنه يرجّح به.

الرابعة: العمل المتأخر، فهذا فيه الخلاف، والذي عليه أئمة الناس ومحققي المالكية أنه ليس بحجة"(١). وربما جعله حجّة بعضُ أهل المغرب من أصحابه.

لاَشكَّ أنَّ عَمَلَ أهل المدينة يفارق مصطلح "ما جرى به العمل" عند متأخّري المالكية بالأندلس والمغرب جملة وتفصيلاً، وإن كان عملُ أهلِ المدينة أَثّر في هؤلاء الفقهاء في اجتهاداتهم، فَجَعَلُوا مِن اختيارهم للضعيف، المنبي على العرف والمصلحة، وَهَجْرِهم للراجح والمشهور، يندرج في "ما جرى به العمل".

رابعاً: نشأة مصطلح "ما جرى به العمل":

ممّا ينبغي الإشارة إليه أَنَّ مالكيةَ المشرق، لم يجرِ على ألسنتهم، ولم يوجد في كتبهم التنبيه إلى مصطلح "ما جرى به العمل"، فهو من صميم نتاج البيئة الأندلسية المغاربية.

ويصعب بالضبط تحديد تأريخ العمل به، إلا أَنَّ الظاهرَ ممّا ورد في بعض كتب النوازل أَنَّ فقهاء مالكية الأندلس بدأوا بتطبيق هذه النظرية بقرطبة عاصمة الخلافة الأندلسية، وذلك حينما اشْتُرِط على القضاة الحكم إلا بقول ابنِ القاسم، وما عليه أهل الأندلس وذلك في المائة الرابعة للهجرة.

كما أنّ ظهائرَ توليةِ القضاة بالمغرب بدأت تنصُّ على أنه يجب الحكم بالمشهور أو المعمول به.

وفي نظري أَنَّ لانتشارِ المدارس الفقهية المالكية مِن المدرسة المدنية، والعراقية، والمغربية، والأندلسية، والقيروانية، والصِّقلية، دوراً بارزاً في تحديد ملامح وخصائص فقه كلِّ مدرسة عن أختها.

والمدارس المالكية بالمشرق لم تعرف هذا اللون التشريعي المتجلّي ب"ما جرى به العمل"، لأن غالبها كانت تتصارع مع المذاهب الفقهية الأخرى من أجل البقاء.

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/٣٠٣).

فمالكية العراق(١) هم مِن الأئمة المشهود لهم بالقَدَمِ الراسخة في العلوم الشرعية، منهم مَنْ وصل إلى درجة الاجتهاد المطلق، ولَم يدّعه مثل القاضي إسماعيل بن إسحاق (ت٢٨٢هـ)، إذْ كانوا يزاحمون الأحناف، ويتبادلون معهم القضاء، إذ كان الشغل الشاغل لَهم هو تقعيدُ القواعد الأصولية، وتبيانُ خصوصيات المذهب المالكي، ودراسةُ التفريعات الفقهية، والمشاركةُ في المناظرات، والجدال، والاهتمام بنصرة المذهب المالكي.

وبموت القاضي عبدالوهاب سنة ٤٢٢ أفل نجم المالكية من العراق.

أما المدرسة المالكية المصرية فبرز فيها تياران:

الأولُ: فقهي ينتصر للرأي، ويرجّح الأحكام الفقهية المرتبطة بعمل أهل المدينة. ويمثل هذا الاتجاه عبدالرحمن بن القاسم (ت١٩١هـ) وابن عبدالحكم (ت٢١٤هـ)، وأصبغ (ت٢٢٥هـ).

ويبرز التيار الثاني في الأخذ بالحكم الفقهي المعضدّ بالحديث النبوي، ويوجد على رأسه الفقيه المالكي المحدث عبدالله بن وهب (ت١٩٧هـ).

ومّن أعطانا صورة واضحة عن هذين التيارين الفقيه الأندلسي، المغربي الأصل، يحيى بن يحيى الليثي (ت٢٣٤هـ)، إذ قال: "كنتُ آتي عبدالرحمن بنَ القاسم، فيقولُ لي: مِن أينَ يا أبا محمد؟ فأقولُ له: مِن عندِ عبدِالله بنِ وهب، فيقول لي: اتقِّ الله، فإنَّ أكثرَ هذه الأحاديث ليس عليها العمل"، ثم آتي عبدالله بنَ وهب فيقولُ لي: مِن أينَ؟ فأقولُ: مِن عندِ ابن القاسمِ، فيقولُ لي: اتقِّ الله يا

---

(١) يُشارُ بهم إلى:

١- القاضي إسماعيل بن إسحاق (ت٢٨٢هـ).

٢- والقاضي أبي الحسين ابن القصار (ت٣٩٨هـ).

٣- وأبي الحسين ابن الجلاب (ت٣٧هـ).

٤- والقاضي أبي محمد عبدالوهاب (ت٤٢٢هـ).

٥- والقاضي أبي الفرج (ت٣٣١هـ).

٦- والشيخ أبي بكر الأبهري (ت٣٧٥هـ).

أبا محمد، فإنَّ أكثرَ هذه المسائلَ رأيٌ.

ثمّ يرجعُ يحيى فيقولُ: رحمهما الله، فكلاهما قد أصابَ في مقالتِهِ، نهاني ابنُ القاسمِ عن اتباعِ ما ليس عليه العملُ مِن الحديثِ وأصابَ، ونهاني ابنُ وهبٍ عن غلبةِ الرأيِ وكثرته، وأمرني بالاتباعِ، وأصاب.

ثم يقول يحيى: اتّباعُ ابنِ القاسمِ في رأيه رُشد، واتباعُ ابنِ وهبٍ في أثرهِ هدًى(١).

وبخصوص المدرسة المالكية المدنية، فقد كان إشعاعها خافتاً إلى حدٍّ ما، بالرّغم مِن استمرار المذهب المالكي هناك، إلا بعد مجيء آل ابنِ فرحون في المائة السابعة ودورهم في إنعاش المذهب من جديد.

لكنَّ المدرسة المالكية الأندلسية لها خصوصيات، منها أن المذهب انتشر في حياة مالك، ورحل فقهاءُ الأندلس إلى مالك وتشاوروا معه، ورضوا بمذهبه مذهباً رسمياً للقمة والقاعدة.

كما أن الدولة الإدريسية بالمغرب الأقصى أخذت المذهب المالكي، وسارت عليه في أحكامها وقضائها.

وكان الصراع العقدي بين دولة العُبَيْدِيّين الشيعية بإفريقية – تونس حالياً- والمذهب السُّنِّي، أثرٌ عند العامّة، والسلطان، في الالتفاف حول المذهب المالكي، إذ قام مالكية القيروان بمجهودات كبيرة في تقعيد أركان المذهب المالكي بهذا القطر الإسلامي.

ونستحضر عليّ بنَ زياد التونسي (ت١٨٦هـ) راوي الموطأ، وأسدَ بنَ الفرات (ت٢١٤هـ) صاحب الأسدية، ومالكاً الصغير أبا محمد ابن أبي زيد القيرواني (ت٣٨٥هـ) صاحب الرسالة الفقهية، والعقيدة السُّنية.

يستنتج مِن هذه المدارس الفقهية المالكية أَنَّ كلَّ واحدةٍ تفاعلت مع بيئتها في

---

(١) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض (٣/ ٣٨٧).

تشييد أركان المذهب، لكنَّ المدرسةَ الأندلسية والقيروانية والمغربية، حباها الله أَنَّ المذهبَ فيها نُصِرَ بمكانة العلماء، وقوّة السلطان، وشدّة العوّام، الذين عَوَّضُوا بُعد المسافة بينهم وبين المدينة النبوية، بالتعلّق بمذهب إمام دار الهجرة.

أفادت هذه العوامل في تشييد أركان المذهب المالكي على أسس متينة بالغرب الإسلامي، لأنه حتى لما جاءت الدولة الـمُوَحِّدِية بالمغرب، وأبعدت الناس عن المذهب، زهاء قرن من الزمان، رجعوا إليه بعد زوال الموحدين، طواعيةً واختياراً، ممّا يدل على تعلّق الناس بالمذهب المالكي. فكان لزاماً على فقهاء الأندلس، وفقهاءِ المغرب مراعاةُ بيئتهم، وتقديرُ أعرافهم.

يقول الشاطبي في الموافقات: "فَإنَّا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دَارَ، فترى الشيء الواحد يُمْنع في حالٍ لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز"(١).

ويقولُ ابنُ عابدين: "لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا، لَلَزِمَ منه المشقّة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد"(٢).

عَمِلَ مالكيةُ الأندلس والمغرب على نُصرةِ المذهب، في العبادات والمعاملات، وترسيخ هيبته في النفوس، حتى أنه لما استُفْتِيَ الفقيهُ الأندلسيُّ يحيى بنُ يحيى الليثي الأندلسي فيما حصل للأمير عبدالرحمن حينما وقع على جارية له في يوم من رمضان، أفتى بأَنْ يصومَ الأميرُ –أكرمه الله– شهرين متتابعين، ولم يُخيِّرْهُ بين الإطعام والعتق إذ قال يحيى بن يحيى (ت٢٣٤هـ) –رحمه الله–: "لو فتحنا للأمير هذا الباب، وَطِئَ كلّ يومٍ وأعتقَ"، فحمل على الأصعب عليه، لئلا يعود(٣).

يتبيّن من هذه الواقعة أن فقهاء الأندلس لهم بُعْدُ نَظَر، وإن كنا لا نوافق يحيى

---

(١) الـموافقات (٢/ ٣٠٥).

(٢) مجموع رسائل ابن عابدين (٢/ ١٢٥).

(٣) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض (٣/ ٣٨٨).

بن يحيى(١)، إلا أننا نقدِّرُ فيه غَيْرَتَه على الدِّين.

فهذه الواقعة تفيدُ أَنَّ مالكيةَ الأندلس كانوا يتفاعلون مع بيئتهم ومحيطهم الاجتماعي، ممّا جعلهم، وَإِنْ قَصَرُوا الفتوى بالراجح والمشهور، أَنْ يعدِلُوا عنهما، ويأخذوا بالضعيفِ لقَوّة مُوجِبه مِن تغيّر العُرْفِ أو للضرورة، أو للذَّريعةِ، ويخالفوا المذهبَ المالكيَّ الأمّ بالمشرق، ولا يعتبرونه خروجاً عن المذهب، لعلَمهم أَنَّ الجمود في الفتوى بالراجح والمشهور يؤدِّي إلى حرج وضيق عند الناس، قد يُبْعِدُهم عن دينهم.

فلا غرو أن نجد مالكية الأندلس خالفوا الإمام مالكاً نفسه، ومذهبه في مسائل عديدة مراعاة لبيئتهم، ورعياً لِعُرْفهم، وتقديراً للضرورة، وتعاملاً مع الذريعة سدًّا وفتحاً.

ولا بأس أن نذكر بعض هذه المخالفات الفقهية على مستوى الأفراد. من ذلك:

- أن عبدالملك بن حبيب (ت٢٣٨هـ) حصر العدد لانعقاد الجمعة في عشرين رجلاً، بخلاف مالك الذي لم يشترط لذلك عدداً معيّناً.
- واختار الحافظ أبو عمر يوسف، ابنُ عبدِالبَرّ (ت٤٦٣هـ) ما ذهب إليه ابنُ حبيب فقال في الكافي: "وعددٌ تقام به الجمعة عشرون ولم يحدّ مالكٌ في ذلك شيئاً"(٢).
- اختار يحيى بنُ يحيى الليثي الأندلسي (ت٢٣٤هـ) قولَ الليث بنِ سعد (ت١٧٥هـ) الذي كان لا يرى القنوت في صلاة الصبح ولا غيرها. وهو خلاف مذهب مالك(٣).

---

(١) يحيى بن يحيى الليثي نظر إلى هُوية الشخص، فألزمه بالأشق عليه وهو صوم رمضان ولكن الرأي المتمثل في إجراء الفتوى بما نصت عليه الآية فيه إسهام في تحرير الرقاب الذي هو من مقاصد الشريعة الإسلامية.

(٢) الكافي في فقه المدينة لابن عبدالبر (ص٧٠).

(٣) تاريخ علماء الأندلس لابن الفرضي (٢/ ١٧٠-١٧٧).

- وخالف محمد بنُ عمر ابنِ لُبابة مذهب مالك في اشتراط المسجد للاعتكاف، وأجازه في كل مكان(١).
- وخالف أيضاً ابنُ لُبابة، ومحمد بنُ سعيد المعروف بابنِ المللون (ت٢٨٠هـ)، مذهب مالك في قتل الزنديق دون استتابة، إذ ذهبا إلى وجوب استتابته قبل قتله"(٢).

أما المسائل الفقهية التي خالف فيها الأندلسيون المذهب المالكي، وجرى العمل بها فهي كالآتي:

غرسُ الأشجار في المساجد:

يذهب المذهب المالكي إلى منع غرس الأشجار في المسجد. قال أبو سعيد قاسم بن فرج ابن لب الغرناطي (ت٧٨٢هـ): "مذهب مالك المنع من الغراسة في المسجد، وإن غرس فيه شيء قُلِعَ. ومذهبُ الأوزاعي جواز ذلك".

وذكر ابنُ الفَرَضي في تاريخ علماء الأندلس أن صعصعة الشامي (ت١٨٠هـ) بن سَلاَم وُلِّيَ الصلاةَ بقرطبة، وفي أيامه غُرِسَت الشَّجَر في المسجد الجامع (٣).

الحكم باليمين مع الشاهد:

قال مالك في الموطأ: "مضت السنة في القضاء باليمن مع الشاهد الواحد، يَحْلِفُ صاحبُ الحق مع شاهده، ويستحقّ حقّه. وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة، ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة

---

(١) نقله الزرقاني في شرح الموطأ(٢/ ٢٠٦).

(٢) جذوة المقتبس في علماء الأندلس للحميدي (١/ ١٠٤) وترتيب المدارك في أعلام مذهب مالك للقاضي عياض.

(٣) تاريخ العلماء والرواة للعلم، بالأندلس لابن الفرضي (١/ ٢٤٠) وراجع: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس ص٤٠٠، والمعيار المعرب للونشريسي (١١/ ١٢)، والأحكام الكبرى لابن سهل (ص١٥) تحقيق محمد عبدالوهاب خلاف. قلت: وقيل في وفاة صعصعة سنة ١٧٢هـ.

ولا في سرقة ولا في فرية"(١).

قال أبو عمر ابنُ عبدِالبر: "ولم يختلف عن مالك في القضاء باليمين مع الشاهد، ولا عن أحد من أصحابه بالمدينة ومصر وغيرها، ولا يعرف المالكيون في كل بلد غير ذلك من مذهبهم، إلا عندنا بالأندلس، فإن يحيى بنَ يحيى تركه، وزعم أنه لم ير الليث بنَ سعد يفتي به ولا يذهب إليه، وخالف يحيى مالكاً في ذلك، مع خلافه السُّنَّةَ والعمل بدار الهجرة"(٢).

قال ابنُ تيمية (ت٧٢٨هـ): "وكذلك مسألة الحكم بشاهد ويمين، فيها أحاديث في الصحيح والسنن، كحديث ابن عباس الذي رواه مسلم، وكحديث أبي هريرة وغيره مما رواه أبو داود... فمالك بحث فيها في موطئه بحثاً لا يعدّ له نظير في "الـموطأ"، والشافعيُّ في "الأُمِّ" بَحَثَ فيها نحو عشر أوراق، وكذلك أبو عبيد في كتاب القضاء"(٣).

الخُلْطَةُ في اليمين:

كان عمر بنُ عبدالعزيز (ت١٠١هـ) يقضي بين الناس، فإذا جاءه الرَّجُلُ يَدَّعي على الرَّجُل حقًّا، نَظَرَ، فإن كانت بينهما مخالطةٌ أو ملابسة، أَحْلَفَ الذي ادُّعِيَ عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لم يُحَلِّفْهُ.

قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا،... فإن حَلَفَ بَطَلَ ذلك الحقّ منه، وإن أبى أن يحلف، ورَدّ اليمين على المدّعي، فحلف طالبُ الحقِّ، أخذ حقّه"(٤).

والعلّة فيما ذهب إليه مالك ما ذكره الزرقاني بقوله:

"حَمَلَهُ مالك وموافقوه على ما إذا كانت خُلطة لئلاَّ يَبْتَذِلَ أهلُ السَّفَهِ أهلَ الفَضْلِ بِتَخْلِيفِهِم مِراراً في اليوم الواحد، فاشترطت الخُلطة لهذه المفسدة"(٥).

---

(١) الموطأ (٢/ ٥٥٥) كتاب الأقضية باب (٤) القضاء باليمين مع الشاهد.

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبدالبر (٢/ ١٥٤).

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٠/ ٣٨٩).

(٤) الموطأ (٢/ ٥٥٨) كتاب الأقضية باب القضاء في الدعوى.

(٥) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٣٩٦).

لكن جرى العمل بالأندلس بعدم اعتبار هذه المفسدة، فلم يشترطوا الخلطة في اليمين، وأخذوا بقول الليث بن سعد لعموم حديث ابن عباس الصحيح: «أَنَّ النَّبِيَّ قَضَى باليمين على المدّعى عليه»(١).

سهم الفرس:

روى مالك بلاغاً عن عمر بن عبدالعزيز أنه كان يقول: «للفرس سهمان وللرَّاجِلِ سهم» قال مالك: ولم أزل أسمع ذلك"(٢).

قال ابنُ عبدالبر في "الكافي في فقه أهل المدينة": "والقسمةُ، للفارس ثلاثة أسهم، له سهمٌ، ولفرسه سهمان، وللرَّاجل سهمٌ"(٣).

وهذا مذهب غالبية الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

لكن جرى العملِ عند مالكية الأندلس بمذهب أبي حنيفة الذي يُسْهِمُ للفارسِ سهماً واحداً، وسهماً لفرسه، فيكون للفارس سهمان وليس ثلاثة، وللرَّاجِلِ سهمٌ واحد.

رفعُ تكبيرِ الأذانِ الأوَّلِ:

قال ابنُ عبدالبر: "واتفق مالك، والشافعي، على الترجيع في الأذان، ولا خلاف بين مالك والشافعي في الأذان إلا في التكبير في أوله"(٤).

يجعلُ مالك في الأذان "الله أكبر" مرتين بخلاف الشافعي الذي جعله أربع مرات.

والمشهورُ في المذهب المالكي إخفاءُ الصوت في أَوَّلِ الأذان، والرَّفعُ في الترجيع، لكن "ما جرى به العمل" بالأندلس والمغرب رفعُ صوتِ المؤذن في التكبير

---

(١) الحديث أخرجه البخاري في الشهادات (٥/ ٣٣٠ فتح) ومسلم في الأقضية (ح٢).

(٢) الموطأ، كتاب الجهاد باب القسم للخيل في الغزو.

(٣) الكافي لابن عبدالبر (ص١٢٤).

(٤) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبدالبر (٢٤/ ٢٨).

الأول لمنتهاه، ثم يخفضه بالشهادتين دون التكبير، بحيث يسمع الناس، ثم يرفع صوته بهما بحيث يساوي رفعه بالتكبير أوَّلا"(١).

كِراءُ الأرض بالجزء بما يخرج منها:

قال ابنُ عبدالبر: "لا يجوز كراء الأرض عند مالك وجمهور أصحابه ممّا تُنبِتُ تلك الأرض أو غيرها طعاماً كان أو غيره... ويجوز كراؤها عندهم بكلّ ما ينبته الله فيها من الجواهر وغيرها، ممّا لا صُنْع فيه لآدمي نحو الذهب والفضة، والرصاص والقصدير... معجّلا كان أو مؤجّلاً"(٢).

ودليلُ المالكية حديثُ رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع. قال حنظلة: فسألتُ رافع بنَ خديج: "بالذهب والورِق، فقال: أما بالذهب والورق فلا بأس به"(٣).

لكن جرى العمل عند مالكية الأندلس والمغرب جواز كراء الأرض بالجزء منها، وهو مذهب الليث بن سعد.

قال أبو بكر ابن العربي: "وأمَّا كراء الأرض بما يَخْرُجُ منها، فهو مذهبٌ وردت فيه أحاديث كثيرة. والمقنع فيها قويّ، وذلك أنا رأينا الله -تبارك وتعالى- قد أذن لمن كان له نقد أن يتصرّف في طلب الربح، ويعطيه لغيره يتصرّف فيه بجزء معلوم، فالأرض مثله، وإلا فأيّ فرق بينهما، وهذا قويّ، ونحن نفعله".

وهذا أمر مُشْكِلٌ، فيه مخالفة لقواعد الشريعة للجهل بقدر الجزء الخارج من الأرض إن تَمَّ الزرع وللغرر إن أصابته جائحة، وذلك لا يجوز لأنه بيع منافع، لكن أُجِيزَ وَرُخِّصَ فيه للضرورة المرتبطة باحتياج الناس، وسار عليه عامة الناس اليوم.

---

(١) راجع مواهب الجليل شرح مختصر للحطاب (١/٤٢٦)، والشرح الكبير على مختصر خليل للدردير (١/١٩٣) مع حاشية الدسوقي، وحاشية الطالب محمد حمدون ابن الحاج على شرح ميارة على المرشد المعين لابن عاشر (١/ ١٦٢).

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٧٧).

(٣) رواه مالك في الموطأ، كتاب كراء الأرض باب (١) (٢/٥٤٦).

هذه أهمّ المخالفات التي خالف بها مالكية الأندلس شيخهم مالكاً، وأجروا العمل بها، ولهم مخالفات لابن القاسم في "المدونة"، بها جرى القضاء والفتيا بالأندلس، بلغت ثماني عشرة مسألة، نصَّ عليها أبو الوليد هشام بن أحمد بن هشام الهلالي الغرناطي المتوفى سنة ٥٣٠ في كتابه "المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام"(١)، وأشار إليها أيضاً أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي في وثائقه(٢)، وَفَصَّلَ فيها القول زميلنا مصطفى الهروس"(٣).

وبالنظر إلى هذه المسائل الفقهية التي خالف فيها مالكيةُ الأندلس، المشهورَ والراجحَ مِن المدونة مِن قول ابن القاسم، يجدُ الباحثَ أَنَّ لها علاقة بالحياة الاجتماعية والاقتصادية واليومية للمسلم، من ذلك: أنهم جعلوا الكفاءة في الزواج في الحال والمال فقط، وأجازوا الخلع على أن تلتزم المرأة النفقة على ولدها ولو بعد الحولين، وأباحوا أخذ الأجرة على الإمامة في الفريضة والنافلة، وجوّزوا بيع كتب الفقه، وأجازوا فعل السفيه إذا لم يُوَلَّ عليه بعد البلوغ مِن غير نظر إلى كونه رشيداً أو سفيهاً، وأجازوا التفاضل في المزارعة إذا سلم المتزارعان كراء الأرض بالطعم أو ببعض ما يخرج منها، وقالوا إن المزارعة لا تلزم إلا بالشروع في العمل، ولم يجيزوا القسمة في الدار حتى يصير لكل واحد من الشركاء من البيوت والساحة ما ينتفع به، ويستتر فيه عن صاحبه، وأوجبوا الشفعة فيما لا ينقسم على قول مالك وأوجبوها في الأموال الموظفة، وجوزوا الضمان بالمال مع شاهدين، وألزموا الحالف إذا وجبت عليه اليمين أن يحلف قائماً متوجّهاً للقبلة إلى غير ذلك من المسائل الفقهية التي اختاروا فيها أحكاماً تخالف قول ابن القاسم في المدونة الذي يعدّ قوله راجحاً في المذهب.

---

(١) كتاب "المفيد" اعتمده ابن عاصم الأندلسي في منظومته المسمّاة "تحفة الحكّام".

(٢) وثائق أبي القاسم الغرناطي، مطبوعة طبعة حجرية.

(٣) راجع كتابه المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثلث الهجري نشأة وخصائص لمصطفى الهروس.

بعض المسائل التي جرى بها العمل:

á مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب

يقول الأستاذ عبدالسلام العسري: "هي أن شخصاً يغتصب الأرض مِن مالكها أو حائزها، ويزرعها، ولم تقع فيها مفاصلة حتى فات الإبّان، المشهورُ: أَنَّ الزرع لزارعه، وعليه كراء الـمثل للأرض، والشاذُّ: أَنَّ الزرع لصاحب الأرض. فأفتى به المازري، وهي رواية الداودي عن مالك.

وقد تبع المازري في ذلك مجموعة من الفقهاء لَمَّا رأوا كثرة التعدّي والغصب، فيتوصّلُ المعتدي إلى مراده إذا لم يرد ربّ الأرض أن يكريها له، فيحرثها بلا إذن، ثم يماطل بالمفاضلة، حتى يخرج الإبّانُ، فيحاكمه فيها ب"المشهور" فيتوصّل إلى غرضه من حرثها بالكراء، وقد كان ربُّها لا يرضى بحرثها بأكثر من كراء المثل، فصار مجبوراً على قبول الكراء. فإذا أكثر هذا التعدّي في ناحية من البلاد، ترجّح الشاذ على المشهور.

ولو أدرك مالك كثرة التعدّي على الأرض والتحيّل على كرائها بكراء المثل بلا رضى ربها، لرجع عن المشهور إلى الشاذ"(١).

á مسألة كراء الأرض بما يخرج منها:

المشهورُ في المذهب المنعُ، والشاذُّ الجواز.

á التفرقة بين الصبيان في المضاجع:

الراجحُ ندب التفرقة عند العشر سنين، والضعيف ندبُها عند السبع.

á مسألة المُخَلّق والهارب بالمرأة:

المخلِّقُ: هو المفسد للمرأة على زوجها بأن وسوس لها حتى نشزت وَطُلِّقت مِن زوجها، وأراد هو تزوُّجَها.

فالمشهور في المذهب المالكي في المخَلّق والهارب بالمرأة عدم تأبيد تحريم

---

(١) نظرية الأخذ ب"ما جرى به العمل" في المغرب (ص٥١).

الزواج بين الطرفين.

لكن جماعة من الفقهاء أفتوا بتأبيد التحريم فيهما.

وفي ذلك يقول عبدالرحمن الفاسي في منظومته "العمل الفاسي":

وأبّدُوا التحريم في مُخَلِّقٍ * وهاربٍ سَيَّان في الـمحقّق

ومن أفتى بذلك الفقيه المالكي أحمد بنُ ميسر الإسكندري (المتوفى سنة ٣٣٩هـ)، وابن عرفة (ت٨٠٣هـ)، والأُبي (٨٢٩هـ)، والونشريسي، والزقاق، ويحيى السراج وابن عرضون⁽١⁾.

ونتج عن هذه الفتوى انحسار وتوقّف ظاهرة الهروب بالمرأة والتخليق عليها. في عصر السعديين.

á عدة المطلّقة ذات الأقراء:

معلوم أن عدّة المطلقة التي مازالت تحيض ثلاثة أقراء، سواء كان القرء هو الطهر أو الحيض، على الخلاف الحاصل. وعدَّةُ الصغيرة واليائسة ثلاث أشهر.

لكن العمل جرى بأن عدة ذات الأقراء أيضاً ثلاثة أشهر:

وفي ذلك يقول عبدالرحمن الفاسي:

ثم المطلقة ذات الأقرا * ثلاثة تعتدّ شهراً شهراً

فإذا ادّعت انقضاء الأقراء الثلاثة، لا تصدّق في دعواها انقضاءَها في أقلّ مِن ذلك.

يقول ابن العربي في هذا الشأن: "قلّت الأديان في الذُّكْرَان، فكيف بالنِّسوان، فلا أرى أن تُمَكَّن المطلَّقة من الزواج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق. ولا يُسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو آخره"⁽٢⁾.

---

(١) راجع تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس (ص٨٦)، ونظرية الأخذ ب"ما جرى به العمل" (ص٣٢٠-٣٢١).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ١٨٧).

قال المهدي الوزاني: "لا تصدق في الانقضاء داخل الأشهر الثلاثة باعتبار الحلّية للأزواج".

قال المتيطي في الوثائق المجموعة: "أما إذا أراد الزوج ارتجاعها وقالت: قَدِ انْقَضَتِ عِدَّتِي، القولُ لها دون يمينٍ إذا مضى من الزمان ما يشبه أَنْ تحيض فيه، ولم يكن له ارتجاعها. وإن استبان كَذبها لقصر المرأة راجعها على ما أحبّت أو كرهت"(١).

á بيع الصفقة:

"صورته أن تكون دارٌ بين رجُلين مثلا، ملكوها بشراء أو إرث مثلا، فيعمِدُ أحدُهم إليها ويبيع جميعَها، ثم يكونُ لشريكه الخيار بين أن يكمل البيع للمشتري، ويأخذ منه ثمن نصيبه، وبين أن يضمّ المبيع لنفسه ويدفع مناب حصّته"(٢).

فالمشهور من المذهب يقتضي منع بيع الصفقة، ولا يجوز إلا بشروط عديدة تصل إلى تسعة(٣) ومنها رفع الأمر إلى الحاكم ليجبر الممتنع.

لكن "ما جرى به العمل" عند الفقهاء المتأخرين جواز بيع الصفقة دون النظر إلى القيود التي قال بها الفقهاء المتقدمون:

وفي ذلك يقول عبدالواحد الونشريسي:

والبيع بالصفقة بالغرب اشتهر ❊ بين قضائه ببدو وحضر
ولم يرد نصٌّ لها عمن مضى ❊ وظاهر المذهب منعه اقتضى(٤)

---

(١) تحفة أكياس الناس شرح عمليات فاس (ص١١٥). والمتيطي هو علي بن عبدالله السبتي، الفاسي (ت٥٧٠هـ) واسم وثائقه: "النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام".

(٢) شرح لامية الزقاق للتاودي.

(٣) راجعها في شرح البهجة على التحفة للتسولي (٢/ ١٥١).

(٤) تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس ص١٧٣.

ويقول عبدالرحمن الفاسي:

وخالف المنصوصُ بَيْعَ الصفقة ❋ فلم يؤل لضابط أو رِبْقَه(١) (٢).

والباعث على جواز بيع الصفقة هو المصلحة، إذ أنه مبني على قاعدة "الضرر يُزال"، لأنه إذا رَفَعَ مريدُ بيعِ الصفقة الأمرَ إلى الحاكم، طال الأمر عليه، وحصل له ضرر من جهة النقص في الحصّة إذا بيعت مفردة، ومن عدم أداء الشريك قيمة النقص(٣).

وقد أشاذ بعض فقهاء القانون الأوربي ببيع الصفقة كما جرى به العمل بالمغرب، واعتبر من الحلول العملية للأملاك المشتركة، خصوصاً أن بعض القصور الشاهقة أصبحت عرضة للتلف، أو أن أحدَ الشركاء يستبدُّ بها، ولا يُـمَكِّنُ للباقي أن يفعلوا شيئاً(٤).

تحليل واستنتاج:

يتبيّن مما أوردتُه من شروط ثبوت ما جرى به العمل، وإيراد بعض المسائل الفقهية المرتبطة به، أن هذا المفهوم يتميّز بخروجه عمّا به الفتوى مِن الراجح ذي الدليل القوي، والمشهورِ الكثيرِ قائله، لدواعي وبواعث منها تبدّل العرف الصحيح، والضرورة الملجئة، وحاجة الناس المنزلة منزلة الضرورة، والذريعة سدًّا وفتحاً، والمصلحة.

ومّما يُحسب لمتأخري فقهاء المالكية المغاربة تقديمهم العمل بالشاذ والضعيف من المذهب المالكي على تقليد قولٍ خارجٍ، وذلك اقتصاراً على المذهب وتمسكاً

---

(١) المراد بربقةٍ ما يجعل في عنق الحيوان يتقيّد بها، ومن جملة الوجوه وقوعه بلا حاكم.

(٢) العمل الفاسي (ص١٧٣) مع تحفة أكياس الناس.

(٣) راجع تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة لميارة (ص١٣) الطبعة الحجرية. ونظرية الأخذ بما جرى به العمل (ص٣٠٠) فما بعدها.

(٤) العمل حجة في المذهب المالكي للأستاذ عبدالله كنون. أعادت نشره مجلة الملتقى العدد ١٨ السنة ٢٠٠٧.

به ما أمكن، وحماية للوحدة المذهبية.

وإن كان يلاحظ في بعض الأحكام الفقهية التي جرى بها العمل بالأندلس، انتسابها لمذهب الليث بن سعد، ومذهب الأوزاعي، ومذهب أبي حنيفة، خصوصاً إذا علمنا أن النزعة الظاهرية كانت عند كثير من فقهاء مالكية الأندلس، منهم من أعلنها ومنهم من يخفيها.

على أن متأخري الفقهاء المالكية بمصر يقدّمون الراجح أو المشهور من المذاهب الأخرى مثل الشافعي والحنفي والحنبلي على اعتماد العمل بالشاذ والضعيف من المذهب المالكي عند الضرورة⁽¹⁾.

وبالرغم من وجود معارضين لنظرية "ما جرى به العمل"، حتى من فقهاء المالكية أنفسهم الذين اعترضوا على فقهاء العمليات ترك بعض السنن الصحيحة وترجيح الضعيف الذي لا مستند له إلا العرف والمصلحة.

فإن هؤلاء الفقهاء لم يحكّموا عُرفاً فاسداً أو مصلحة غير معتبرة، بل داروا مع المصلحة وجوداً وعدماً، اعتباراً منهم لتبدّل الأزمان وتغيّر أحوال الناس، ولهم في سلف الأمة من عمل بعض الصحابة وبعض العلماء قدوة.

وممّا احتج به المعترضون على مفهوم "ما جرى به العمل":

- أن فيه تحكيماً للعرف بدل النّص، مع أن العوائد والأعراف تعتبر سبباً للأحكام الشرعية، فهي بهذا الاعتبار من مصادرها، ولهذا كانت سبباً في قيام العمل"⁽٢⁾.
- أنه يرجع فيه إلى كتب المتأخرين فقط، بحيث التزموا العمل بما ورد فيها قضاء وفتوى.
- يوصف غالب الفقهاء المتأخرين بالتقليد، فهم ليسوا في درجة المجتهدين، بل

---

(١) راجع نظرية الأخذ بما جرى به العمل (ص٥٥).

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها لعلال الفاسي (ص١٥٧).

قُصارى عملهم ذِكْرُ الأقوال والروايات، فكيف يحقّ لهم إصدار فتاوى وأحكام تخالف الراجح والمشهور.

- غالبُ ما قيل فيه إنه جرى به العمل، مجرّد دعوى.
- الاعتماد على العمليات مِن كتب أُلِّفَتْ في هذا الشأن، ولا ندري مدى صحتها وهل التُزم فيها بما ذكروه من شروط.
- صعوبة تحديد الحدود الجغرافية للعمل الفاسي أو المراكشي، أو القرطبي.

هذه بعض الاعتراضات، وغيرها كثير، ومن خصوم هذه النظرية أبو عبدالله المقّري الجدّ صاحب القواعد الفقهية، وأبو بكر الطرطوشي.

فكيف يتأتى لنا وضع هذه النظرية في الميزان؟

لقد لاقى مفهوم "ما جرى به العمل" معارضة شديدة، حتى إن بعضهم⁽١⁾ سمّى العمل الفاسي بـ"العمل الفاسد" لما فيه من مخالفة ومصادمة للنصوص الشرعية. إلا أن السؤال الذي يفرض نفسه بإلحاح، هل مال متأخرو فقهاء المالكي إلى هذا اللون التشريعي رغبة في تجاوز النص أم إلى تفعيل روح النص ومقصده، حسب الحاجة والمصلحة، والزمان والمكان، مما يدفعنا إلى القول بأن ما جرى به العمل هو علاج تشريعي لبعض التصرّفات الطارئة، بحيث إذا أمعنا النظر في كثير من المسائل العمليات، نجدها تسعى إلى تحقيق المصلحة، وإصلاح ما اكتنف المجتمع من علل اجتماعية، واقتصادية.

ولعلّ أخطر سهام يُوَجّه إلى هذا المفهوم هو مصادمته الصريحة لبعض النصوص الشرعية.

فإن كان النص الشرعي قطعيَ الورودِ والدلالةِ، فلا يجوز بحال الاجتهاد مع النص، لكن إذا رأى الفقهاء عدم وجود أجواء تنزيل النص، فهل ينزّلونه أم يعلّقون تنزيله حتى تتمّ ظروف العمل بالنّص؟

---

(١) هو أحمد ابن الصديق الحافظ المغربي الكبير المتوفى سنة ١٣٨٠هـ/ ١٩٦٠م.

وذلك مِثْلُ العمل الذي جرى بترك اللّعان، مع أن اللّعان مِن حدود الله، الذي لا يحتمل التأويل. فالقول بأن العمل جرى بتركه، فيه جرأة على النصوص الشرعية، وفتح المجال للطاعنين لتعطيل النصوص الشرعية، مثل ما وقع حينما جرى العمل بالأندلس في القضاء باليمين دون الشاهد وَتُركَ العملُ باليمين مع الشاهد كما هو المذهب، حيث سجل لنا الونشريسي ما نصَّه: "وسئل أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم عما تشعب به الرافضة من أتباع ابن مسرَّة على فقهائنا بالأندلس وقولهم: إنهم تركوا فريضة وسنة لا مدفع فيهما. فأما الفريضة الحكمان اللذان ذكر الله –عز وجل– وأما السنة فإنه ثبت عن النبي ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد، فرأوا ترك ذلك، إذ الزمان قد فسد، وكأنهم احتاطوا وتركوا سنة قائمة، وكأنهم أرحم بهذه الأمة من نبيِّها..."(١).

ومن العمل الذي جرى فيه مخالفة صريحة للقرآن، أن المعتدة ذات الأقراء تعتد ثلاثة أشهر، بذريعة أن المروءة قلّت في الذكران، فكيف بالنسوان.

فهذا الحكم يُحكم عليه بالبطلان، وإن قال به كبير المالكية ابن العربي الأندلسي(ت٥٤٣هـ)، فقلّة المروءة ونقص التديّن نتيجة فجور المجتمع، فينبغي على المجتمع بأجمعه تحمّل كل ما يتعلّق بتدنّي الأخلاق، ويُسْرِعُ أفرادُهُ في إصلاح مجتمعهم، ولا تُطالَبُ الشريعةُ بالتكيّف مع أحوال مسلمين ابتعدوا عن شريعتهم.

فكلُّ مخالفة صريحة للنصوص جرى العمل بها في إطار فتوى أو قضاء، مردودة على أصحابها.

وجرياً على تقسيم الفقهاء الفقه إلى عبادات ومعاملات، فمجال العبادات، بما هو توقيفي، أتى به جبريل –عليه السلام– لنبيّنا محمد عليه الصلاة والسلام ليعلِّم المسلمين أمر دينهم، لا يجوز فيه الاجتهاد، والعمل بما جرى به العمل، لأن كلَّ عملٍ وقع بخلاف ما فعله النبي ﷺ يندرج في البدعة مباشرة، لقوله عليه

---

(١) المعيار للونشريسي (٢/ ٤٤٣).

الصلاة والسلام: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه، فهو ردٌّ»(١).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «كل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار»(٢).

وإذا كان الاجتهاد الذرائعي الذي ركّز عليه المالكية في إجراء ما جرى به العمل، مقبول في بعض المعاملات والتصرفات لما له من نتائج ملموسة وواقعية، فإنه بالعكس كانت له انعكاسات سلبية في العبادات، إذ أدّى إلى هجر بعض السنن الصحيحة.

من ذلك، أن قبض اليدين في الصلاة، كرهه المالكية اعتماداً على تعليلات بعيدة داخلة في سدّ الذرائع، مثل أن القبض اعتمادٌ، يُخِلُّ بالقيام، وأنّ فيه إظهاراً للخشوع، مع أن إمام المالكية ابن عبدالبر (ت٤٦٣هـ) نَصَّ على أنه لا يوجد حديث صحيح ولا حسن ولا ضعيف أن النبي ﷺ صلّى بالسدل(٣).

وَوِفْقَ هذه التخوفات المرتبطة بسدّ الذرائع، رُجِّحَ القول بالسدل في الصلاة، عند المالَكية مع أن محققيهم نصروا القبض.

والذين يسدلون الآن في صلاتهم من المالكية إما مقلّدة أو متعصّبة.

وممّا جرى به العمل أيضاً تشييع الجنائز بالذكر، والتهليل، مع أن السنة الصحيحة تفيد الصمت ليحصل الاعتبار من تشييع الجنازة.

ومستند العاملين بـ"ما جرى به العمل" المخالف للسنة النبوية الصحيحة هو ذريعة اللغو والاشتغال بأحوال الدنيا، وهو مرتكز ضعيف، يقول الفقيه المالكي أبو سعيد ابن لب الغرناطي المتوفي سنة (٧٨٢هـ)، لما سئل عن الجهر بالذكر أمام الجنازة: "إن ذكر الله والصلاة على رسوله عليه السلام من أفضل الأعمال، وجميعه حسن، لكن الشرع وظائف، وأذكار عيَّنها في أوقات وَقَّـتَـها، فَوَضْعُ

---

(١) رواه البخاري في كتاب الصلح ومسلم في كتاب الأقضية، من حديث عائشة. اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان لفؤاد عبدالباقي (١/ ١٥٧).

(٢) رواه مسلم من كتاب الجمعة من حديث جابر (ح٤٣) (٢/ ٥٩٢).

(٣) انظر التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبدالبر.

وظيفةٍ موضعَ أخرى بدعة، وإقرارُ الوظائف في محلّها سنة، وتلقّي وظائف الأعمال في حمل الجنائز إنما هو الصمت والتفكّر، والاعتبار، وتبديل هذه الوظائف بغيرها تشريع. ومن البدع في الدين"(١).

ولأحد فقهاء المالكية المغاربة وهو محمد الرهوني رسالة في هذا الموضوع عنونها بـ"التحصّن والمنعة ممن اعتقد أن السنة بدعة".

وممّن ألف من فقهاء المالكية أيضاً في هذا الموضوع، منتصراً لـ"ما جرى به العمل"، الشيخ أبو عبدالله محمد المهدي الوزاني في رسالته: "جواز الذكر مع الجنازة"، "ولم يأت بدليل، خاصّة أن هذه المسألة من العبادات التي يجب فيها التحرّي وموافقة الشرع لتحظى بالقبول والرضا"، على حدّ تعبير شيخنا محمد رياض(٢).

والاجتهاد الذرائعي والمصلحي، المعتمد في نظرية ما جرى به العمل في المعاملات والتصرّفات، يجد الباحث فيه أيضاً بعض التجاوزات على النص بتعليلات أوهى من بيت العنكبوت مثل "ما جرى به العمل" من تقييد الوقف على البنين دون البنات، حيث يقول عبدالرحمن الفاسي:

وَحُبُسٌ على البنين لا البنات õ بصحةٍ وعدمُ البطلان آت(٣)

ألا يعتبر "ما جرى به العمل" في هذه المسألة عملا جاهلياً فيه إيثار الأبناء على البنات مع أن الراجح في المذهب المالكي المنع.

ولكن من الإنصاف، القولُ إن مسائلَ فقهية ليست بالقليلة، أُجْرِيت على نظرية "ما جرى به العمل" وفق الشروط المعمول بها، فأعطت أحكاماً شرعية تتسم بِبُعْدِ النَّظَرِ، واعتبار المآل. مثل تأبيد تحريم الزواج بالمخلِّقِ والهاربِ بالمرأة،

---

(١) المعيار المعرب للونشريسي (١/ ٣١٤).

(٢) في كتابه القيّم: "أصول الفتوى والقضاء في المنصب المالكي".

(٣) نظم العمل الفاسي (ص٣٥٥) مع شرحه تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس للمهدي الوزاني.

واستحقاقِ زرعِ مُغْتَصِبِ الأَرْضِ لمالكِهَا دونَ صاحبِ الزرعِ.

فهذا الحكم الشرعي هو علاج تشريعي، غايته استئصال ظاهرة الهروب بالنساء، وكثرة التّعدّي على الأراضي الفلاحية.

فهذا النوع من الأحكام الذي جاء علاجاً تشريعياً لبعض الأمور الطارئة على المجتمعات، ممّا يُحسْبُ لفقهاء المالكية المتأخرين، الذين برهنوا بصنيعهم هذا أنهم أطباء للقلوب والأبدان والمجتمعات.

وختاما:

أقول إن "فقه العمليات" المرتبط بـ "ما جرى به العمل" عند متأخري مالكية الغرب الإسلامي يحتاج لدارسات متعددة من قِبَلِ الفقهاء، ورجال القانون، وأساتذة الاجتماع، لاستخلاص خصوصيات منهج هؤلاء الفقهاء، وعرض النتائج في الميزان الشرعي دون جمود ولا تسيّب، ولا تقليد، ولا تعصّب.

فما تطرحه هذه النظرية من قضايا معرفية، وإشكالات إبستيمولوجية، يستدعي النظر في مسألة الرواية بالدراية، وتوظيف العقل في خدمة النقل، وارتباط المنهج النصوصي بالمنهج المقاصدي، للوصول إلى رؤية شاملة تُخضع فقه العمليات للتصويب والتوجيه دون التعرّض لشخصية فقهاء العمليات، وإن أخطأوا الطريق وخالفوا الأوْلَى في بعض الأحكام.

إن إطلاق الأحكام المتسرعة والمشينة على هذا النوع من الفقه الاجتهادي ليس من الحكمة في شيء، إذ يجب عرض حُجج المؤيدين، والمخالفين، واستحضار الأجواء العامّة، وتقدير أحوال المخاطَبين، ممّا يدفعني إلى المطالبة بجرد فقه العمليات مسألة مسألة، وإيراد أدلتها والشبهات حولها، ومقارنتها بغيرها للوصول إلى نتيجة علمية يقبلها الجميع.

وبالرغم من أن هذا المفهوم أعطى حلولاً اجتماعية، لما كان ينزل بالمجتمعات الإسلامية من قضايا جديدة، ويُعتبر اجتهاداً تشريعياً، سار عليه الفقهاء، وعمل بموجبه المسلمون في أمورهم الدينية، وساروا عليه في شؤونهم الدنيوية، فإنه لم

يخلُ من انتقادات وُجّهت إليهم من بعض المحافظين على النصوص، الذين لا يرون تجاوز النصوص لأيّ داعٍ كان.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن العمل بهذا المفهوم، لم يكن مجمعاً عليه عند فقهاء المالكية المتأخرين بالأندلس والمغرب، فنتج عنه وجود اختلاف فقهي أغنى التراث الفقهي الإسلامي عموماً، والمالكي منه بالخصوص، ممّا أفرز ظهور المنهج المقاصدي المعتبر مراعاة المآل في التصرفات والأحكام، مقابل المنهج الظاهري، ومنهج حماة النصوص من التأويل، والمنهج العقلي، والمنهج الوسط الجامع بين النصوص ومقاصدها وعللها.

هذا جهد المقلّ، وبالله التوفيق، وعليه التكلان.

لائحة المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم.

٢- أحكام القرآن: محمد بن عبدالله المعرف بأبي بكر ابن العربي (٥٤٣هـ). تحقيق: البجاوي دار الفكر.

٣- أدب المفتي والمستفتي: ابن الصلاح (ت٦٤٣هـ). تحقيق: موفق بن عبدالله ط١. (١٤٠٧/ ١٩٨٦). عالم الكتب.

٤- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي: محمد رياض –شفاه الله–. مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. ط٣. (١٤٢٣/ ٢٠٠٢).

٥- تاريخ العلماء والرواة للعلم بالأندلس: عبدالله بن محمد، ابن الفرضي (٤٠٣هـ).نشر مكتبة الخانجي بالقاهرة. ط٢ (١٤٠٨/ ١٩٨٨).

٦- تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس: المهدي الوزاني الفاسي (١٣٤٢هـ ١٩٢٤م). تقديم وإعداد هاشم العلوي القاسمي. طبعة وزارة الأوقاف المغربية (١٤٢٢هـ ـ٢٠٠١م).

٧- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: القاضي عياض (٥٤٤هـ). نشر وزارة الأوقاف المغربية.

٨- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: يوسف بن عبدالله، أبو عمر ابن عبدالبر الأندلسي (ت٤٦٣هـ). طبعة وزارة الأوقاف المغربية.

٩- حاشية الطالب بن حمدون بن الحاج على شرح ميارة الفاسي على المرشد المعين على الضروري من علوم الدين لابن عاشر. طبعة دار الفكر.

١٠- حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق.

١١- رفعُ العتاب والملام عمن قال: "العمل بالضعيف اختيارًا حرام": محمد بن قاسم القادري الفاسي (١٣٣١هـ/ ١٩١٣م). تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي. نشر دار الكتاب العربي (١٩٨٥).

١٢- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمد بن محمد مخلوف. طبعة دار الفكر.

١٣- شرح العمل الفاسي: محمد بن أبي القاسم السجلماسي الرباطي. طبعة حجرية. عام ١٢٩١هـ.

١٤- شرح العمل المطلق المسمى بـ"فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد": محمد بن أبي القاسم السجلماسي. طبعة حجرية دون تاريخ.

١٥- صحيح البخاري (٢٥٦هـ). مصورة دار الجيل.

١٦- صحيح مسلم (ت٢٦١هـ). تحقيق: فؤاد عبدالباقي.

١٧- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: عمر بنعبدالكريم الجيدي. طبعة مغربية (١٤٠٤/ ١٩٨٤).

١٨- الفكر السامي في تأريخ الفقه الإسلامي: محمد بن الحسن الحجوي الفاسي (ت١٣٧٦هـ/ ١٩٥٦).

١٩- قاموس الأعلام: خير الدين الزركلي. دار العلم للملايين. ط٦. سنة ١٩٨٤.

٢٠- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: محمد فؤاد عبدالباقي. طبعة دار الحديث القاهرة.

٢١- لامية الزقاق: علي بن القاسم الفاسي (ت٩١٢هـ).

٢٢- مجموع الفتاوى الكبرى: أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية (٧٢٨هـ).

٢٣- المدرسة المالكية الأندلسية إلى نهاية القرن الثالث الهجري نشأة وخصائص: مصطفى الهروس.

٢٤- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: أحمد بن يحيى الونشريسي (ت٩١٤هـ). أشرف على تحقيقه: محمد حجي. نشر وزارة الأوقاف المغربية (١٤٠١/ ١٩٨١).

٢٥- منهاج الناشئين من القضاة والحكام: أبو الشتاء الصنهاجي. ط١ (١٣٤٨هـ) بفاس.

٢٦- الموافقات في أصول الشريعة: إبراهيم بن موسى الشاطبي. دار المعرفة لبنان.

٢٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد بن محمد الحَطّاب (ت٩٥٤هـ). دار الفكر، ط١. (١٤٢٢/ ٢٠٠٢).

٢٨- موسوعة أعلام المغرب: تنسيق محمد حجي طبعة دار الغرب الإسلامي (١٤١٧/١٩٩٦).

٢٩- الموطأ: مالك بن أنس (١٧٩هـ). تصحيح فؤاد عبدالباقي دار الحديث القاهرة.

٣٠- نظرية الأخذ بما جرى به العمل: عبدالسلام العسري. طبعة وزارة الأوقاف المغربية.

٣١- نظم العمل الفاسي: عبدالرحمان الفاسي (١٠٩٦هـ). المجموع الكامل للمتون. دار الفكر طبعة ٢٠٠٦.

٣٢- النوازل الكبرى المسماة ب"المعيار الجديد": المهدي الوزاني. نشر وزارة الأوقاف المغربية.

٣٣- نور البصر شرحٌ لخطبة خليل في المختصر: أحمد الهلالي (ت١١٧٥هـ). طبعة حجرية دون تاريخ.